

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Título del Trabajo Académico

“Los actos de ejecución contractual como actos administrativos en la normativa de contratación pública peruana”

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

AUTOR

Carolina Yasmin Aparcana Siccha

ASESOR:

Alejandro Moscol Salinas

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20100046

AÑO

2020

RESUMEN

En el presente artículo, la autora ha desarrollado un análisis de la actual normativa sobre contrataciones públicas (Ley No. 30225), incluyendo sus predecesoras (Ley No. 26850 y Decreto Legislativo No. 1017), a fin de determinar si el legislador ha otorgado la calidad de acto administrativo a las decisiones de las entidades de la Administración Pública sobre la ejecución de los contratos suscritos con privados. Asimismo, realiza un recuento de tres (3) normas extranjeras sobre contratación pública, las cuales presentarán respectivamente particularidades desde la presencia o no de una definición de contrato administrativo hasta disposiciones en las que se hará referencia expresa a actos administrativos respecto a distintas decisiones emitidas durante el proceso de contratación administrativa; es decir, durante la etapa precontractual (proceso de selección) y la de ejecución contractual. Finalmente, profundiza en el análisis sobre la naturaleza de las decisiones de ejecución contractual, haciendo referencia a las posturas del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE y de los árbitros encargados de resolver las controversias sobre contrataciones públicas, concluyendo que tales manifestaciones son actos administrativos, por lo que las disposiciones contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General resultan aplicables, lo que a su vez significará un mecanismo de control sobre las actuaciones de las entidades contratantes a favor del contratista o proveedor.

CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	PROBLEMÁTICA	5
	A. ANTECEDENTES NORMATIVOS	5
	B. LEGISLACIÓN COMPARADA	9
III.	NATURALEZA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO: ¿CONTRACTUALES O ADMINISTRATIVOS?	17
	A. POSTURA DEL OSCE	17
	B. POSTURA MATERIALIZADA EN LOS LAUDOS ARBITRALES	20
	C. POSTURA DEL AUTOR	23
IV.	CONCLUSIONES	29
V.	BIBLIOGRAFÍA	30

I. INTRODUCCIÓN

La contratación administrativa cumple una función instrumental, pues las entidades de la administración pública buscan la colaboración de los privados – o de otras entidades – para la satisfacción de las finalidades públicas, a través de la celebración de los contratos administrativos. No obstante, previo a dicha etapa, las entidades deben llevar a cabo la etapa preparatoria y el proceso de selección, las cuales se encuentran reguladas por la normativa sobre contrataciones del Estado (Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento). Posterior a dichas etapas, durante la etapa de ejecución se configurarán variadas situaciones entre la entidad contratante y el contratista, las cuales también se encuentran reguladas en las mismas normas.

Sobre el particular, hay un tema que consideramos que no se encuentra debidamente abordado por las normas sobre contratación pública: la naturaleza de los actos emitidos durante la ejecución de un contrato administrativo. Actualmente, respecto a dicho tópico no existe un pronunciamiento definitivo y expreso, sino que se presentan opiniones contradictorias por parte de distintos personajes relacionados a la actividad de contratación del Estado. Por un lado, existe la opinión de que los referidos actos son meramente de naturaleza contractual, mientras que, por otro lado, existe la opinión – ya sea expresa o implícita – de que estos son actos administrativos, por lo que sería posible la aplicación de las reglas contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimientos Administrativos General (en adelante, TUO de la LPAG). A partir de ello, se podría originar el riesgo de limitar el control de la actuación de la Administración Pública durante la ejecución de un contrato administrativo por parte y a favor de los privados que son contratistas o proveedores.

El propósito del presente artículo es demostrar el evidente carácter administrativo de aquellos actos emitidos por la entidad contratante durante la ejecución de un contrato administrativo, a partir del análisis de la naturaleza de la relación jurídica que se constituye entre la entidad y el privado, el cual se abordará preliminarmente con un breve recuento de las normas que regulan los contratos que suscriben las entidades de la Administración Pública.

II. PROBLEMÁTICA

La actual normativa peruana sobre contratación pública tiene como finalidad disponer normas que permitan maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que las mismas se efectúen de modo oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

No obstante, en las siguientes líneas se realizará un breve recuento sobre el contenido de las últimas tres (3) leyes sobre contrataciones del Estado, a fin de ubicar alguna disposición sobre el acto de ejecución contractual emitidos por las entidades o alguna referencia que de luces sobre el carácter administrativo de los mismos.

A. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Ley No. 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Tal como reseña el profesor Danós, luego de dos periodos en los cuales que se caracterizaron por una “dispersión normativa en la materia” y, posteriormente, normas que introdujeron la regulación de la formación de la voluntad del Estado, una tercera etapa está comprendida por la aprobación de la Ley No. 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE) que establece un régimen general aplicable todas las entidades de la Administración Pública sobre los procedimientos para la contratación exclusivamente de bienes, servicios, suministros y obras; no obstante, el autor precisa que dicha norma no determinó si los contratos que suscribe el Estado son de carácter sustantivo o administrativo, lo cual no impediría la existencia de diversas manifestaciones de potestades públicas durante las distintas etapas del proceso contractual (2006: 14-15). En efecto, en el artículo 36° de la norma referida no se dispone un detalle sobre las particularidades de los contratos, sino se hace referencia a la formalidad requerida – esto es, por escrito – que deberá ajustarse a la proforma incluida en las bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección.

Respecto al contenido de la LCAE, si bien en los primeros artículos correspondientes al Título I de la LCA se hace referencia a los principios generales de la contratación, el expediente del proceso de contratación y el Plan Anual de Contrataciones y Adquisiciones; los siguientes tratan sobre el procedimiento de selección, las clases, las bases y, finalmente, la adjudicación de la Buena Pro, dejando unos artículos para regular la etapa de ejecución del contrato. En efecto, en el Título III que comprendido por los artículos 35° al 46° se regula lo relativo a los adelantos, las garantías contractuales, los adicionales y ampliaciones, la liquidación del contrato y la resolución del contrato.

Sobre el reglamento, se desarrolla con mayor detalle las disposiciones de la LCAE respecto a la etapa precontractual y no es hasta el Título V en el cual se inicia el desarrollo de lo relativo a la ejecución contractual. En dicho apartado, si bien se establecen disposiciones comunes para la suscripción y otorgamiento de garantías. Asimismo, se hace una separación de las reglas aplicables a los contratos de bienes y servicios respecto a las de los contratos de obra.

De lo expuesto, la LCAE es un inicio prometedor para la regulación de todo lo respectivo a la actividad de contratación administrativa, desde la identificación de la necesidad pública hasta el pago de la respectiva contraprestación contractual a favor de los contratistas. No obstante, veremos que dicha norma no continuará vigente a la actualidad, sino que se promulgará el Decreto Legislativo No. 1071 (y su reglamento) y, posterior a ello, la Ley No. 30225 (y su reglamento), así como las respectivas modificaciones a las mismas efectuadas en distintas oportunidades. En otras palabras, la normativa que establece las reglas sobre el proceso de contratación pública será cambiante, aspecto que resultará a favor para la materia regulada.

Decreto Legislativo No. 1071 – Ley de Contrataciones del Estado

La entrada en vigencia el Decreto Legislativo No. 1071-Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y su reglamento (RLCE) no ofrece: “un concepto de contrato administrativo que se identifique como sinónimo de un régimen de exorbitancia en el que la Administración Pública, necesariamente goce de una posición de superioridad

con poderes prerrogativas unilaterales para imponerse al contenido de la relación contractual, justificado en el rol que le compete de tutela de los intereses generales” (Martin 2013: 56). No obstante, en su texto ello sí se encuentra plasmado en un régimen exorbitante, tal como la resolución unilateral del contrato, reducción o ampliación del objeto contractual, entre otros.

A diferencia de la anterior normativa, en el artículo 4° de la LCE se establecieron trece (13) principios¹ que debían aplicarse a los procesos de contratación llevados a cabo por las entidades de la Administración Pública. Las entidades de la Administración Pública buscan la intervención de los particulares para que sean sus colaboradores a fin de satisfacer las necesidades públicas, a través de la celebración de acuerdos los cuales son definidos jurídicamente como contrato administrativo (Guzmán 2020: 61). No obstante, la formación de la voluntad de la entidad, el proceso de selección y la ejecución del respectivo contrato deben llevarse a cabo orientándose en directrices que maximicen la eficiencia del proceso de contratación. Sobre el particular, según Morón y Aguilera, “cada principio de la contratación administrativa constituye una declaración que cada operador debe maximizar, debido a su dinamismo potencial para ser aplicado a un sinnúmero de supuestos de hecho posibles de acontecer en el desarrollo de las contrataciones estatales” (2017: 75). Al respecto, destacamos el principio de equidad², el cual no solo se aplicará al procedimiento licitatorio³, sino también luego de constituido el vínculo entre la entidad contratante y el contratista; es decir, en la fase contractual.

¹ Estos principios se reducirán en la Ley No. 30225 a diez (10), mas ello no implica la eliminación de principios, sino la inclusión de unos en otros. Así, el principio de desarrollo humano se subsumirá en el principio de sostenibilidad ambiental y social, el principio de razonabilidad se subsumirá al principio de eficacia y eficiencia y, finalmente, el principio de imparcialidad se desarrollará independiente en el respectivo Código de Ética.

² De conformidad con la LCE, el principio de equidad dispone que: “Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”

³ El procedimiento licitatorio está comprendido por dos fases: la fase preparatoria y la fase de selección. De conformidad con la Opinión No. 050-2019/DTN, la fase preparatoria incluye apoyo técnico al área usuaria para la elaboración de sus requerimientos, elaboración de cuadro consolidado de necesidades, elaboración del Plan Anual de Contrataciones, así como su modificación, el estudio de mercado, gestión del expediente de contratación, conformación del comité de selección y documentación del procedimiento; mientras que la fase de selección incluye los procedimientos de selección y métodos de contratación, mecanismos de solución de controversias durante el procedimiento de selección y perfeccionamiento del contrato.

En suma, para efectos del presente trabajo, se podría considerar que el aporte más importante de la LCE son los principios detallados en su artículo 4° dado que tendrán repercusión en el vínculo jurídico que se constituye entre la entidad y el particular luego del perfeccionamiento del contrato administrativo.

Texto Único Ordenado de la Ley No. 30225 – Ley de Contrataciones del Estado

Finalmente, el Texto Único Ordenado de la Ley No. 30225 y sus modificatorias presentan una nueva redacción del contenido ofrecido por el Decreto Legislativo No. 1017, lo cual significa un desarrollo un poco más incisivo relativo al contrato administrativo. Así, respecto al contrato administrativo, en el artículo 32° de la norma actual nos presenta el siguiente contenido:

Decreto Legislativo No. 1017	Ley No. 30225
<p>“Artículo 35.- Del contrato El contrato deberá celebrarse por escrito y <u>se ajustará a la proforma incluida en las Bases</u> con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección (...).”</p>	<p>“Artículo 32. El contrato 32.1. El contrato debe celebrarse por escrito y <u>se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección</u> con las modificaciones aprobadas por la entidad durante el mismo (...).”</p>

Así, tal como advierte Zegarra, la modificación contenida en el artículo 32° de la nueva ley de contrataciones del Estado implica una ampliación del espectro del contrato administrativo suscrito, pues el mismo no solo estará conformado por el documento en el cual se consigna la voluntad de las partes, sino que también se incluyen las manifestaciones de voluntad unilaterales emitidas tanto por la entidad como por el postor durante el proceso de selección, las cuales constituirían compromisos y/o obligaciones para con la contraparte (2015: 194).

Además, el artículo 34° relativo a las “modificaciones al contrato”, el cual en la normativa anterior hacía referencia a “prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones”. Lo particular de la nueva redacción del artículo 34° de la LCE es que

se establece la posibilidad de que el objeto del contrato pueda ser modificado tanto por parte de la Entidad como a solicitud del contratista, a fin de satisfacer la necesidad pública objeto del proceso de contratación estatal. Asimismo, la referida disposición incluye el principio de equidad anteriormente señalado, el cual procurará el equilibrio económico de la relación entre la entidad contratante y el contratista. A partir de dicho aporte, se puede sostener que si bien la entidad contratante puede hacer uso de su *ius variandi*⁴, la otra cara de dicha prerrogativa es la proporcionalidad que debe existir entre lo que se presta y lo que se paga a favor del contratista. En ese sentido, tal como expone Ariño, las prerrogativas de la Administración Pública son compensadas por obligaciones y cargas que el ordenamiento jurídico impone a sus actuaciones, recuperando de este modo la igualdad de las partes respecto al orden económico (2007: 91).

Del recuento efectuado sobre las referidas normas sobre contrataciones del Estado, se puede advertir que – si bien se regulan todas las etapas del proceso de contratación administrativa, incluso la remisión al arbitraje de surgir controversias en torno a los contratos – no se ha establecido una definición de contrato administrativo, que permita distinguirlo de otro tipo de contratos, ni mucho menos una referencia de la calidad de las decisiones de las entidades contratantes sobre la gestión del contrato.

B. LEGISLACIÓN COMPARADA

Luego de analizar la normativa peruana sobre contrataciones del Estado desde el enfoque que comprende el objeto del presente artículo, en las siguientes líneas se revisará la normativa de tres (3) países extranjeros, a fin de exponer si en otros sistemas jurídicos los actos de ejecución contractual tienen o no la calidad de acto administrativo.

⁴ Según los profesores Morón y Aguilera, la referida prerrogativa consiste en la posibilidad de que la Entidad pueda modificar el contrato, ya sea respecto a la dimensión cuantitativa (disminución de prestaciones o prestaciones adicionales), cualitativa (condiciones de ejecución o características de la prestación) y temporal (ampliación de plazo o, en caso de la concesión, rescate) (2017:147). Asimismo, cabe precisar que dicha potestad no es absoluta, sino que tendría cumplir un procedimiento preestablecido y ser pasible de un control rígido (BERMEJO 2015: 28).

i. España (Sistema de Contratación Pública)

La normativa que regula la contratación pública en España se encuentra prevista en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, mediante la cual se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE. De conformidad con el artículo 1º de la norma referida, su objeto y finalidad es:

1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.
2. Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.
3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Respecto al contrato administrativo, en el artículo 12º de la Ley 9/2017, se dispone la siguiente clasificación:

Artículo 12. Calificación de los contratos.

1. Los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios que celebren las entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección.
2. Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación. [El subrayado es mío]

Asimismo, en el artículo 25º de la misma norma se establece lo siguiente:

Artículo 25. Contratos administrativos.

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:
 - a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:
 - 1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la

creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

2.º Aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

(...) [El subrayado es mío].

De la lectura de las normas citadas, y en concordancia con lo señalado por García de Enterría, un contrato es administrativo cuando la entidad de la Administración Pública busque satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de su competencia. De este modo, el autor señala que los contratos administrativos se diferenciarán de los contratos privados a partir de las “exigencias de ese ‘giro o tráfico’ característico y peculiar del órgano contratante (...)” (2017: s/p).

Por otro lado, de la lectura íntegra de la norma española, se puede advertir que no se hace referencia expresa a los actos administrativos, salvo para los actos preparatorios y a los de adjudicación, a los cuales son aplicables las disposiciones sobre actos administrativos contenidos en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En efecto, en el numeral 2 del artículo 41º se dispone lo siguiente:

Artículo 41. Revisión de oficio.

1. La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley. La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior.

(...) [El subrayado es mío].

Asimismo, en el numeral 5 del artículo 231º se establece lo siguiente:

Artículo 321. Adjudicación de contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

La adjudicación de contratos por las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores se ajustará a las siguientes reglas:

(...)

5. Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria [El subrayado es mío].

De este modo, en el contenido de la Ley 9/2017 se otorga la calidad de acto administrativo a los actos preparatorios y de adjudicación, los cuales mas no a los de ejecución contractual emitidos por las entidades contratantes, tales como – por ejemplo – los actos mediante los cuales decide resolver los contratos administrativos. Así, a los actos preparatorios y de adjudicación podrán aplicarse las disposiciones contenidas en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos anteriormente citados.

ii. Colombia (Sistema de Compra Pública)

La normativa de contratación pública de Colombia se encuentra prevista en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y el decreto 1510 de 2013. De conformidad con lo dispuesto en su artículo 1º, la Ley 80 de 1993 tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, mientras que la Ley 1150 de 2007 introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se disponen otras disposiciones generales sobre la contratación de recursos públicos. Por su parte, el Decreto 1510 de 2013 es el instrumento que contiene la reglamentación aplicable al sistema de compra y contratación pública. No obstante, para fines del presente trabajo, nos enfocaremos en la Ley 80 de 1993.

De conformidad con Duran y otros autores colombianos (2015), los principales aportes de la Ley 80 de 1993 son los siguientes:

- Es el resultado de un estudio elaborado por un equipo de trabajo, en donde participaron gremios vinculados, de alguna manera, a la actividad contractual del Estado.
- Consigna unas normas y principios generales para todas las entidades estatales de todos los niveles, por lo que se considera universal, facilitando que la gestión de la administración pública sea ágil y eficiente.
- Autonomía de la voluntad establecida entre las partes, bajo un contrato estatal legalmente celebrado lo cual constituye una ley que se debe acatar y cumplir. Dentro del contrato se pueden incluir todas las condiciones convenientes, si no son contrarias a la Constitución Política, las leyes y al mismo Estado colombiano.
- Se suprimen requisitos, trámites y autorizaciones de diferentes instancias jurídicas e institucionales que causaban trabas a la gestión, dificultando la ejecución oportuna del objeto del contrato.
- La inclusión de cláusulas extraordinarias o excepcionales, ya que una de las partes actúa con el objeto de satisfacer el bien público (el contratista) [El subrayado es mío].

Siendo ello así, resulta pertinente hacer referencia al artículo 32°, en el cual se dispone que los contratos estatales son: “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”. Asimismo, en la citada disposición normativa se incluye como contrato estatal y definen al contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública. A partir de ello, se aprecia que la Ley 80 de 1993 establece los elementos para calificar un contrato como estatal, de los cuales resaltamos el referido a que pueden derivarse del ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo cual implica que: “el negocio se construye sobre la base del consentimiento, de una real y evidente acción consensuada entre el Estado y sus interlocutores negociales, y no de manifestación e imposición unilateral de la administración (...) (Santofimio 2009: 14). Tal aspecto lo diferencia de la contratación administrativa peruana, debido a que precisamente la ausencia de la libertad estipulativa en la formación y ejecución de los contratos administrativos es uno de los elementos que caracteriza dicha actividad (Morón y Aguilera 2017: 26). De este modo, la contratación estatal de Colombia tendrá elementos del contrato privado o derecho

común, por lo que podrán ser aplicables las normas civiles y comerciales a los contratos estatales, tal como se dispone en el artículo 13° de la Ley 80 de 1993⁵.

Ahora, en atención al tema de investigación, en el artículo 15° de la norma referida se establece sobre la interpretación unilateral del contrato lo siguiente:

Artículo 15. De la interpretación unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia [El subrayado es mío].

Del mismo modo, sobre la modificación unilateral del contrato, en el artículo 16° se dispone lo siguiente:

Artículo 16. De la modificación unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios [El subrayado es mío].

Además, respecto a la terminación unilateral del contrato, en el artículo 17° se establece que las causas por las cuales la entidad contratante podrá terminar de manera anticipada el contrato, lo cual deberá realizar mediante acto administrativo debidamente motivado. Finalmente, sobre la caducidad del contrato y sus efectos, se dispone lo siguiente:

Artículo 18. De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre [El subrayado es mío].

De las disposiciones normativas anteriormente citadas, y a diferencia de la normativa peruana, se advierte que los actos que contienen decisiones de la entidad contratante sobre la gestión del contrato tienen calidad de actos administrativos, los cuales deberán

⁵ “**Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales.** Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)”.

están debidamente motivados. De este modo, de conformidad con el artículo 77° de la Ley 80 de 1993, las normas que regulan los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables a las actuaciones contractuales, siempre que sean compatibles con la finalidad y los principios de la mencionada ley.

iii. Argentina (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional)

La normativa básica de contratación pública de Argentina se encuentra prevista en el Decreto No. 1023/2001 (Régimen de Contrataciones del Estado Nacional) y el Decreto No. 893/2012 (Reglamento del Régimen de Contrataciones del Estado Nacional). Así, el Decreto Legislativo No. 1023/2001 tiene como objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, así como también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad.

Previo a la revisión del contenido de las normas referidas, según la Oficina Anticorrupción de la República de Argentina - OAA, la contratación pública se define como:

Toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una se encuentra en ejercicio de la función administrativa, cuyo objeto puede estar constituido por la realización de una obra, la prestación de un servicio público, así como la obtención o enajenación de un bien o servicio que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales (2011: 2).

Resulta pertinente la definición expuesta por la OAA, dado que en la normativa argentina sobre contrataciones públicas no se dispone una definición sobre los contratos que suscriben las entidades de la Administración Pública, a diferencia del artículo 40° de la Ley 80 de 1993 mencionado en la sección anterior sobre la normativa en Colombia.

Ahora, sobre formalidades de las actuaciones de las entidades contratantes, en el numeral i) del artículo 11° del Decreto 1023/2001, se dispone lo siguiente:

Artículo 11.- Formalidades de las Actuaciones.

Deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias, como mínimo las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario:

(...)

i) La suspensión, resolución, rescisión, rescate o declaración de caducidad del contrato [El subrayado es mío].

Asimismo, sobre la aplicación de penalidades, en el artículo 29° de la misma norma se establece lo siguiente:

Artículo 29.- Penalidades y Sanciones.

Los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes penalidades y sanciones:

a) PENALIDADES.

1. Pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato.
2. Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones.
3. Rescisión por su culpa.

b) SANCIONES. Sin perjuicio de las correspondientes penalidades los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes sanciones, en los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones:

1. Apercibimiento
2. Suspensión.
3. Inhabilitación.

A los efectos de la aplicación de las sanciones antes mencionadas, los organismos deberán remitir al Órgano Rector copia fiel de los actos administrativos firmes mediante los cuales hubieren aplicado penalidades a los oferentes o cocontratantes [El subrayado es mío].

Por otro lado, en literal d) del artículo 14° del Decreto 893/2012, se establece lo siguiente:

Art. 14.- Autoridades competentes.

Fíjense las competencias para dictar los siguientes actos administrativos de los procedimientos de selección:

(...)

d) La autoridad con competencia para aplicar penalidades a los oferentes, adjudicatarios o cocontratantes será la que haya dictado el acto administrativo a que se refiere el inciso anterior o la autoridad en la que se hubiese delegado tal facultad [El subrayado es mío].

De las disposiciones normativas anteriormente citadas, y nuevamente a diferencia de la normativa peruana, se advierte que los actos que contienen decisiones de la entidad contratante sobre la gestión del contrato – tales como la aplicación de penalidades,

resolución, entre otros – tienen calidad de actos administrativos, los cuales deberán cumplir con los requisitos esenciales del acto administrativo dispuestos en la Ley de Procedimiento Administrativo – Ley No. 19.549.

III. NATURALEZA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO: ¿CONTRACTUALES O ADMINISTRATIVOS?

Habiendo verificado que no existe una disposición expresa que haga referencia a la naturaleza de los actos emitidos por las entidades contratantes durante la fase de ejecución, a diferencia de las legislaciones extranjeras anteriormente mencionadas, resulta pertinente revisar las posturas que asume el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), a través de sus opiniones, así como los profesionales con competencia jurisdiccional para resolver las controversias derivadas de contratos administrativos, a través de los laudos arbitrales, ya sean ad hoc o institucionales.

A. POSTURA DEL OSCE

Durante la ejecución de los contratos administrativos, las entidades contratantes emiten actos para llevar a cabo la gestión de los mismos, los cuales son notificados al contratista, conforme a lo dispuesto en la LCE. Tales actos pueden ser decisiones sobre resoluciones sobre ampliación de plazo contractual, liquidación, requerimientos de cumplimiento de obligaciones, resolución contractual parcial o total, entre otros.

Ante la formulación de consulta de las mismas entidades de la Administración Pública o privados, ya sean contratistas o proveedores, la naturaleza de los actos referidos no ha sido un tema extraño a los pronunciamientos emitidos por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE). En efecto, de conformidad con el literal n) del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, el OSCE cumple con “absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad

civil”, lo cual tiene como finalidad otorgar al ordenamiento de contrataciones “mayor seguridad jurídica, claridad normativa, predictibilidad para los mercados y usuarios y reducir y reducir discrecionalidad de los [sic] demás autoridades aplicadoras de la normativa” (Morón 2018: 139). Con la finalidad de presentar la posición del OSCE al respecto, en las siguientes líneas se procederá a reseñar algunas opiniones de dicho organismo.

Mediante Opinión No. 107-2012/DTN, el OSCE refiere que ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado – que regula la ejecución contractual- corresponderá recurrir supletoriamente a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles y no las disposiciones contenidas en la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG). Para ello, la entidad sostiene que la aplicación de las mismas sería incompatible con la lógica contractual.

La referida opinión es la absolución de varias consultas formuladas por el Gobierno Regional de Cajamarca sobre el procedimiento de notificación de las resoluciones de ampliación de plazo y liquidación. Según el OSCE, dicho acto al ser emitido dentro de una relación contractual del Estado, la LPAG no resulta aplicable, pues la misma no regula las relaciones contractuales de las entidades de la Administración Pública, sino las actuaciones de la función administrativa pública y el procedimiento administrativo común.

Precisando el alcance de lo anterior, mediante Opinión No. 130-2018/DTN⁶, el OSCE refiere que las actuaciones relacionadas con la gestión contractual –por ejemplo, las decisiones de la Entidad que resuelven solicitudes de ampliación de plazo- no tienen calidad de actos administrativos, motivo por el cual ante la insuficiencia de la LCE y la RLCE corresponderá la aplicación del Código Civil.

⁶ La referida opinión se emite en atención a las consultas formuladas por el Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED sobre ampliaciones de plazo contractual, a través del Oficio N° 259-2018-MINEDU/VMGI-PRONIED-OGA.

Asimismo, en el texto la referida y en el de la Opinión No 065-2016/DTN, el OSCE deja constancia que sólo en la fase de selección se podría aplicar de manera supletoria las reglas de la LPAG, dado que el procedimiento de selección es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de un obra, de conformidad con las definiciones señaladas en el Anexo No. 1 del RLCE.

Sin embargo, mediante las Opiniones No. 007-2013/DTN⁷ y 195-2015/DTN⁸, el OSCE señala que: “(...) es importante distinguir entre el acto administrativo mediante el cual una Entidad de pronuncia sobre una solicitud de ampliación de plazo y el medio a través del cual se notifica tal resolución”. A partir de dicha distinción, el OSCE califica de forma expresa a los pronunciamientos de las entidades contratantes – constituidos por la resolución o documento correspondiente emitido por el funcionario y órgano competente – sobre ampliaciones de plazo como actos administrativos.

Asimismo, mediante Oficio N° 496-2018-OSCE/DTN, el OSCE hace una referencia indirecta a los actos de ejecución contractual, los cuales deben cumplir con los requisitos de validez de acto administrativo establecidos en la LPAG, tales como expresar su respectivo objeto, estar debidamente motivados, perseguir finalidades de interés público, entre otros (Linares 2019: 202-203). A partir de dicho pronunciamiento, se puede advertir que el OSCE no termina por aceptar que los actos de ejecución contractual son actos administrativos, mas no es claro con las opiniones anteriormente expuestas. Así, podría sostenerse que la posición de dicho organismo podría cambiar en los próximos años.

⁷ Dicha opinión se emite en atención a las consultas formuladas por el Gobierno Regional de Cusco sobre el procedimiento de ampliación de plazo contractual, a través comunicación presentada ante el OSCE con fecha 22 de noviembre de 2012.

⁸ La referida opinión se emite en atención a las consultas formuladas por el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural – Agro Rural sobre formalidades para la aprobación de ampliación del plazo contractual, a través comunicación presentada ante el OSCE con fecha 14 de setiembre de 2015.

De este modo, a través de sus opiniones, la postura del OSCE sobre el carácter de los actos emitidos por las entidades contratantes no es uniforme, sino contradictorio. En efecto, mediante algunas opiniones rechaza la calidad de acto administrativo y, en otras, hace referencia expresa de dicha calidad respecto a ampliaciones de plazo.

B. POSTURA MATERIALIZADA EN LOS LAUDOS ARBITRALES

Luego de exponer la posición del OSCE sobre los actos de ejecución contractual, corresponde revisar el criterio plasmado en las decisiones contenidas en los laudos arbitrales que resuelven los conflictos surgidos en torno a contratos administrativos. El razonamiento y decisión del árbitro único o el tribunal arbitral encargado de resolver las controversias derivadas de contratos administrativos resulta relevante, pues el arbitraje constituye jurisdicción⁹.

En efecto, tal como ha sido reconocido por el Tribunal Arbitral, los árbitros ejercen función jurisdiccional, pues la misma cumple con los respectivos requisitos: (i) conflicto entre las partes, (ii) interés social en la composición del conflicto, (iii) intervención del “Estado” mediante el órgano judicial como tercero imparcial, y (iv) aplicación de la ley o integración del derecho (Landa 2007: 35).

Siendo ello así, en las siguientes líneas se procederá a reseñar algunos laudos arbitrales, los cuales se encuentran registrados en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, a efectos de ilustrar la posición de los encargados de ejercer la jurisdicción arbitral sobre contrataciones del Estado, específicamente, sobre los actos de ejecución contractual.

Luego de la revisión de distintos laudos arbitrales publicados en el referido sistema, se puede advertir que cuando los contratistas cuestionan los actos mediante los cuales la entidad contratante toma una decisión sobre la gestión del contrato administrativo, el árbitro único o el tribunal arbitral recurre a lo dispuesto por la LCE y el RLCE sobre el

⁹ En el artículo 139° de la Constitución Política se establece que: “(...) No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...)”.

respectivo tema. En efecto, ello sucede comúnmente en los arbitrajes que resuelven controversias en torno a contratos de obra, en los cuales el contratista solicita declarar la invalidez del acto que contiene la decisión de la entidad contratante de resolver el contrato, el árbitro único o el tribunal arbitral declara la validez o invalidez del referido acto, sustentando su decisión en la acreditación de una de las causales y, posterior a ello, el cumplimiento del procedimiento legal establecido.

Un par ejemplos de ello son los casos arbitrales del año 2012 surgidos entre Wernher Von Braun Institución Educativa Particular S.A. y el Gobierno Regional del Callao en torno al Contrato No. 003-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO y entre el Consorcio CAM y el Gobierno Regional de Tumbes en torno al Contrato de Obra No. 01-2007.REG.TUMBES-GRDE-GR. En sus respectivos laudos arbitrales se resuelve declarar la invalidez de la decisión de las entidades contratantes por no cumplir lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

Aunado a ello, se advierte una posición aún más precisa sobre la naturaleza de los actos de ejecución contractual en el laudo arbitral de fecha 2 de setiembre de 2019, mediante el cual se resolvieron las controversias surgidas entre el Consorcio Ingeniería y la Empresa Electricidad del Perú – ELECTROPERÚ S.A. en torno al Contrato No. ADS-0025-2015-ELECTROPERÚ para la “Elaboración de Expediente Técnico para el Cambio de Redes Primaria, Secundaria y Alumbrado Público de los Campamentos de Campo Armiño y Quichuas del Centro de Producción Mantaro”. En dicho caso reciente, el tribunal arbitral dejó constancia que no corresponde la aplicación supletoria de las disposiciones de la LPAG a las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos suscritos bajo el ámbito de la LCE y su reglamento, dado que dicha norma regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común.

De los laudos arbitrales anteriormente expuestos, podemos advertir que cuando los contratistas o proveedores cuestionan la “validez” de los actos de gestión contractual de las entidades contratantes – tales como resoluciones de ampliación de plazo o comunicación de resolución contractual – los árbitros mayoritariamente solo incluyen en su razonamiento o en los fundamentos que sustentan su decisión el contenido

establecido ya sea en la LCE o en el RLCE, mas no el análisis propio que brinda la LPAG sobre los requisitos de validez de un acto administrativo. En otras palabras, las pretensiones relativas a la validez o invalidez de un acto de gestión contractual son declaradas fundadas o infundadas solo teniendo en cuenta – por ejemplo, para la decisión de resolver el contrato – si es que se configura y acredita la causal y/o se cumple el procedimiento establecido en el RLCE.

No obstante, resulta relevante destacar que sí existen laudos en los cuales se consideran las reglas contenidas en la LPAG para la validez de los actos administrativos, en concordancia con lo dispuesto por el OSCE mediante el Oficio No. 496-2018-OSCE/DTN expuesto en párrafos anteriores. Un ejemplo de ello es el laudo arbitral de derecho que resolvió las controversias surgidas entre el Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED y la empresa Industrias y Servicios Kuelap S.R.L. en torno al Contrato No. 197-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED para la adquisición de mobiliario escolar.

Efectivamente, en el referido proceso arbitral, PRONIED solicitó al árbitro único declarar válida la resolución contractual que efectuó, pedido que fue amparado. Para ello, el árbitro único recurrió a los requisitos de validez del acto administrativo establecidos en la Ley No. 27444 – Ley General del Procedimiento Administrativo General, sosteniendo que la resolución contractual efectuada por la entidad contratante sí cumplía con los elementos de validez dispuestos por la norma referida.

Por lo expuesto, no existe un criterio único contenido en las decisiones arbitrales sobre la naturaleza de los actos emitidos por la entidad durante la ejecución de un contrato administrativo, sino todo lo contrato, pues se encuentra dividido. El árbitro único o el tribunal arbitral aplican o no las reglas de la LPAG, a fin de resolver las controversias relativas a los actos de ejecución contractual sometidas a arbitraje por las partes.

C. POSTURA DEL AUTOR

Frente a las posturas mixtas contenidas en las opiniones del OSCE y los laudos que resuelven las controversias sobre contratación pública, en las siguientes líneas desarrollaremos la postura del autor, la cual está dirigida a demostrar el carácter administrativo de las decisiones de la Administración Pública durante la fase de ejecución contractual. Para tal efecto, es necesario hacer referencia en primer lugar a aquella situación jurídica dentro de la cual se emiten las mismas: el contrato administrativo.

Según Dromi, el contrato administrativo se define como “una manifestación bilateral de voluntad, en la que al menos un (sic) de las partes, se encuentra revestida de o ejerce una potestad administrativa, y que es por lo tanto, productora de efectos jurídicos” (citado en Robalino s/f: 827). Asimismo, Cassagne (2015) ha señalado que los contratos que celebra la Administración Pública se caracterizan: “(...) (i) por perseguir una finalidad inmediata de interés público propia de la función administrativa o, si se prefiere, de su tráfico o giro normal; (ii) por contener un régimen típico de derecho administrativo con prerrogativas de poder público y, (iii) por un sistema de selección fundado en los principios de publicidad, igualdad y concurrencia (...)” [El subrayado es mío]. A partir de la doctrina extranjera citada, los contratos administrativos tienen una finalidad instrumental que consiste en la satisfacción de una determinada finalidad pública; es decir, el objeto de la contratación pública será el alcance de una finalidad pública.

En esa línea, la doctrina peruana señala que: “La contratación administrativa tiene como finalidad fundamental la satisfacción de necesidades pública a través de la intervención de los particulares como colaboradores de la Administración Pública (...) (Guzmán 2009: 204); no obstante, ello es así no solo porque materialmente le resulta imposible realizarlas por sí misma, sino también a razones de eficiencia económica (Trelles 2004: 237). Para tal efecto, las entidades de la Administración Pública suscriben los contratos administrativos, los cuales – en palabras de Salazar – son: “los contratos celebrados en ejercicio de la personalidad pública, caracterizados por otorgar a la entidad administrativa contratante prerrogativas especiales a su favor, tal como la

posibilidad de resolver o modificar unilateralmente el contrato”¹⁰. Asimismo, a diferencia de la actividad privada, el autor precisa que la contratación administrativa tiene la particularidad de que implica la satisfacción de finalidades públicas y, en casi todos los casos, la utilización de fondos públicos (2004:37-38).

Al respecto, mediante Opinión No. 136-2015/DTN, el OSCE señala: “(...) el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley, establece que el área usuaria, al plantear su requerimiento, debe indicar la finalidad pública de la contratación del bien, servicio u obra, esto es, precisar qué interés público en particular se desea satisfacer con dicha contratación”. Asimismo, mediante Opinión No. 180-2018/DTN, la misma entidad dispone lo siguiente:

(...) el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública, sin embargo, si durante la ejecución contractual surge alguna circunstancia que imposibilite que el contratista pueda ejecutar la prestación o que impida que se cumpla la finalidad pública de la contratación – en el marco de las funciones de la Entidad-, y siempre que la entidad determine que persiste la necesidad, deberá aplicar las figuras previstas en la normativa de contrataciones del Estado a fin de atender dicha necesidad [El subrayado es mío].

A partir de las opiniones citadas, podemos sostener que el cumplimiento, satisfacción o alcance de la finalidad pública tiene carácter inmutable durante todo el proceso de contratación; es decir, las entidades contratantes ejercen función administrativa incluso luego de concluido el procedimiento de selección. No obstante, el presente trabajo se centra en la última etapa del proceso de contratación; es decir, la ejecución contractual, la cual iniciará con el perfeccionamiento del contrato hasta el pago correspondiente de la prestación efectuada por el contratista.

En este punto, precisaremos la diferencia entre el objeto de la contratación y el objeto de los contratos administrativo. Tal como se ha desarrollado en líneas anteriores, el objeto de la contratación administrativa es alcanzar una necesidad pública, mientras que el objeto contractual: “está constituido por las prestaciones y derechos recíprocos existentes entre la administración y el contratista para alcanzar una finalidad pública

¹⁰ Sobre el particular, Baca refiere que en el ordenamiento jurídico peruano no se ha establecido expresamente una distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración; sin embargo, sostiene que la diferencia radicaría en que en los primeros tendrá sentido ejercer las potestades que las entidades tienen a su favor, mientras que en los segundos no. (2014: 290)

pero siempre determinados por la normativa” (Morón y Aguilera 2017: 98). En otras palabras, la determinación del objeto contractual¹¹ permite definir las obligaciones y derechos tanto de la entidad contratante como del contratista, los cuales se encontrarán consignados en los distintos tipos de contratos administrativos (obra, suministro, adquisición de bienes, locación de servicios, consultoría, supervisión, entre otros). A partir de dicha aproximación, podemos determinar que el objeto contractual se diferenciará por no presentar un carácter inmutable, dado que el mismo puede cambiar durante la ejecución del respectivo contrato administrativo. Por ejemplo, en un contrato de suministro de un determinado bien, la entidad contratante – en ejercicio del *ius variandi* – puede decidir modificar el objeto del contrato, ya sea aumentando o reduciendo la cantidad del bien suministrado.

Ahora, durante la ejecución del contrato administrativo suscrito se pueden presentar distintas situaciones entre el contratista y la entidad contratante, las cuales variarán dependiendo del objeto del contrato al cual se hizo referencia en el párrafo anterior. Así, conforme se vayan ejecutando las prestaciones por parte del contratista, la Entidad puede emitir pronunciamientos que van a afectar la esfera jurídica del primero. Por ejemplo, de conformidad con el numeral 164.1 del artículo 164° de la RLCE, ante el incumplimiento injustificado de una obligación contractual, legal o reglamentaria por parte del contratista, la Entidad tiene la prerrogativa de resolver el contrato. Dicha decisión estará contenida en un acto, el cual es una manifestación de la función administrativa, motivo por el cual es un acto administrativo, tal como se desarrollará en las siguientes líneas.

Sobre la función administrativa y el acto administrativo, Perilla-Zamudio señala lo siguiente:

La Administración actúa y por ende desarrolla función administrativa y para hacerlo utiliza el medio más adecuado para tal fin que no se trata de algo diferente a lo que se

¹¹ Sobre el particular, el Profesor Salazar refiere que la contratación administrativa implica la celebración de contratos “sobre cuanto objeto contractual sea necesario para el cumplimiento de los fines de la Administración Pública, sin limitación alguna, pues múltiples son los propósitos específicos cuando ella ejerce la Función Administrativa”. No obstante, precisa que los objetos contractuales frecuentes son: (i) adquisición de bienes, (ii) contratación de servicios generales, (iii) contratación de servicios de consultoría, (iv) contratación para la ejecución de obras, entre otros (2007: 60).

denota como Acto Administrativo, toda vez que la función administrativa implica la existencia de actos voluntarios por parte de la administración que van a producir efectos y consecuencias en el ordenamiento jurídico (2015: 180).

Sin embargo, Meilán señala que para la Administración Pública no será suficiente ejercer su potestad normativa, a fin de cumplir su función constitucional (satisfacción de fines públicos); es decir, no solo deberá establecer leyes, sino también dictar actos administrativos y suscribir contratos (2011: 234). Asimismo, en palabras de Ariño, tanto el acto administrativo como el contrato administrativo son “modalidades de ejecución de la norma para la realización de los fines del Estado” (2007:87).

En concordancia a ello, la función administrativa¹² puede manifestarse mediante cuatro (4) formas jurídicas: (i) el acto administrativo, (ii) el reglamento, (iii) el hecho material, y (iv) el contrato (Salazar 2009: 24-29). En otras palabras, la función administrativa no solo se manifiesta a través de la emisión de actos administrativos, sino también reglamentando normas con naturaleza de ley u otras normas reglamentarias previas, emitiendo declaraciones de la Administración Pública de efectos jurídicos individuales, organizándose internamente las entidades (sistemas administrativos), contratando en ejercicio de función administrativa y, finalmente, ejecutando materialmente. No obstante, teniendo en cuenta el objeto del presente trabajo, el enfoque será sobre la primera última forma jurídica; es decir, el acto y el contrato.

Sobre el particular, el acto administrativo y el contrato administrativo se diferencian en que el primero – en concordancia con la definición anteriormente expuesta – es una manifestación meramente unilateral de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola voluntad, mientras que el segundo se realiza de común acuerdo entre una entidad de la Administración Pública y otro sujeto de derecho para reglar derechos y deberes comunes (Gordillo 2017: X-7). No obstante, en el proceso de contratación se presenta no solo la figura jurídica del contrato, sino también otras, como el acto o el hecho material.

¹² El profesor Guzmán distingue la función administrativa en cuatro (4) aspectos: (i) es una función pública que no es ejercida exclusivamente por entidades estatales, pues puede ser ejercida por particulares autorizados, por lo que la Administración Pública no se encontraría íntegramente al interior del Estado, (ii) tiene directa relación con los administrados, (iii) se encuentra sometida al principio de legalidad, y (iv) se somete a diversos mecanismos de control (2008: 291).

Habiendo señalado que el acto administrativo es la materialización de la función administrativa y que la contratación administrativa es una manifestación de dicha función, procederemos a verificar si efectivamente si las decisiones objeto del presente trabajo cumplen con los elementos del acto administrativo dispuestos en el TUO de la LPAG. Así, en el artículo 1° de la referida norma se establecen los siguientes elementos:

- (i) Una declaración de cualquiera de las entidades,
- (ii) Destinada a producir efectos jurídicos externos,
- (iii) Que sus efectos recaigan sobre derechos intereses y obligaciones de los administrados,
- (iv) En una situación concreta,
- (v) En el marco del Derecho Público, y
- (vi) Puede tener efectos individualizados o individualizables.

El acto emitido por una entidad contratante, que contiene una decisión sobre la ejecución del respectivo contrato administrativo suscrito, es una declaración y produce efectos jurídicos externos que recaen sobre los intereses y obligaciones de los privados, ya sean contratistas o proveedores, siendo que la situación concreta sería la referida ejecución contractual. Asimismo, la normativa de contratación pública se encuentra dentro del Derecho Público y, finalmente, los efectos son evidentemente individualizados, dependiendo del contenido del acto. Siendo ello así, advertimos que las decisiones sobre la ejecución del contrato administrativo cumplen con los elementos del contrato dispuestos en el TUO de la LPAG.

Efectivamente, volviendo al ejemplo mencionado en líneas anteriores, cuando una entidad contratante decide resolver el contrato, debido a que el contratista no cumplió con alguna de sus obligaciones, el acto que contiene dicha decisión será un acto administrativo, debido a que la gestión de un contrato administrativo – en este caso, la terminación del mismo – implica el ejercicio de función administrativa y cumple con los elementos del acto administrativo anteriormente señalados.

No obstante, González señala que “podríamos afirmar que no todos los actos o actuaciones de la Administración en la ejecución de un contrato pueden catalogarse como actos administrativos (...) Necesariamente los actos administrativos deben corresponder al ejercicio de prerrogativas otorgadas por norma expresa de la Administración y legitimadas u orientadas por la continuidad y eficiencia del servicio público, como criterio finalista del contrato elegido por el legislador, y además como criterio de interpretación de las reglas contractuales (...)” (Citado en Linares 2019: 198). En otras palabras, para que una decisión de la entidad contratante pueda ser cuestionada por los contratistas, estas deben derivarse de una prerrogativa¹³ que forma parte del régimen exorbitante que caracteriza a los contratos administrativos. Así, por ejemplo, el acta de observaciones a los bienes adquiridos no sería un acto administrativo.

Aunado a ello, Meilán sostiene que “(...) no es suficiente apelar a ese interés para que el ejercicio de la prerrogativa quede justificado. El interés general no es “manta” que cubra de modo indiscriminado toda la actuación de la Administración”. (2013: 16). En concordancia a ello, el profesor Morón sostiene que las entidades ejercen sus prerrogativas a través de decisiones administrativas ejecutorias, salvo disposición de la ley, las cuales deben cumplir los requisitos de validez del acto administrativo: finalidad pública, motivación, competencia, objeto lícito posible y determinado, y procedimiento legal (2019: 512). En ese sentido, los actos emitidos durante la ejecución de un contrato – derivados de una prerrogativa exorbitante – deben entenderse como actos administrativos, lo cual otorgaría seguridad jurídica y garantías al contratista, dado que las entidades contratantes deberán restringirse a determinados parámetros en la normativa para actos específicos, así como principios y elementos constitutivos y de validez (Linares 2019: 188).

¹³ Sobre el particular, el profesor Linares precisa que “no se trata de potestades propiamente dichas sino de prerrogativas públicas por lo que en consecuencia no existe entonces materia indisponible (...)” (2006: 303). Siendo ello así, no existe una incompatibilidad entre el arbitraje obligatorio, como el mecanismo establecido por ley para resolver las controversias sobre contrataciones públicas y la existencia del régimen exorbitante que coloca en una posición superior a las entidades contratantes sobre los contratistas.

Sobre la ejecutoriedad de estos actos administrativos, el mismo autor sostiene que:

(...) el régimen de contratos estatales no otorga presunción de legalidad y la autotutela en la ejecución de los actos contractuales de la Administración habida cuenta que deducida la controversia las prerrogativas no son ejecutorias, quedan suspendidas, ante la sola petición de arbitraje, volviéndose por tanto el régimen del acto a favor del particular en su esfera de sometimiento al principio de legalidad y en su caso, de tratarse de decisiones discrecionales, a los principios generales del derecho y del derecho administrativo así como a la finalidad y proporcionalidad de la decisión (2008: 270).

De este modo, los actos administrativos de ejecución contractual constituyen un sistema que favorece a los contratistas, pues si estos últimos alegan en la vía arbitral – por ejemplo - la ausencia del requisito relativo al procedimiento regular, la ejecutoriedad del acto cuestionado quedará suspendida hasta la emisión del respectivo laudo arbitral.

Por todo lo expuesto, siempre que una entidad contratante – en ejercicio de sus prerrogativas exorbitantes establecidas en la LCE – emita un acto que afecte la posición jurídica del contratista será un acto administrativo, lo cual a su vez otorgará a dicha parte mayor protección respecto a la validez de los mismos y que podrá ser materia arbitrable. En otras palabras, cuando un contratista o proveedor somete a arbitraje la validez – por ejemplo – de la decisión de resolver el contrato por parte de la entidad contratante, podrá sustentar su pretensión no solo en las disposiciones contenidas en la LCE y/o en su reglamento, sino también las disposiciones aplicables en el TUO de la LPAG.

IV. CONCLUSIONES

1. Los actos emitidos por las entidades durante la ejecución de contratos administrativos no son actos meramente contractuales, sino administrativos, debido a que son emitidos en ejercicio de la función administrativa, surtiendo efectos en la esfera jurídica del administrado.

2. La ausencia de una referencia expresa en la LCE y su reglamento no le quita la calidad de acto administrativo a aquellos actos emitidos por las entidades de la Administración Pública durante la ejecución de un contrato administrativo.
3. Los cuestionamientos vía arbitral contra los actos administrativos emitidos por la entidad contratante que afecten la posición jurídica del contratista no solo podrán basarse en el simple cumplimiento de lo dispuesto por la LCE y el RLCE, sino también podrán utilizarse como argumento adicional las normas relativas contenidas en el TUO de la LPAG, tal como los requisitos de validez del acto administrativo.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. ARIÑO, GASPAR
2007 “El enigma del contrato administrativo”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, número 172, pp. 79-102. Consulta: 13 de octubre de 2020.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2358934>
2. BACA, Victor
2014 “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el derecho peruano”. *Ius et veritas*. Lima, número, pp. 272-275. Consulta: 28 de mayo de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11922>
3. BERMEJO, José
2015 “El sistema de contratación de las administraciones públicas: Objeto, evolución y prospectiva del contrato público”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 44, pp. 23-37. Consulta: 31 de julio de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14385>

4. CASSAGNE, Juan Carlos
2015 “La contratación pública: fronteras, tensiones e interrelación con el derecho privado en el nuevo escenario contractual”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 44, pp. 15-21. Consulta: 25 de junio de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14384>
5. DANÓS, Jorge
2006 “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 2, pp. 9-44. Consulta: 19 de octubre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330>
6. DURAN, Raquel y otros
2015 “Características del sistema de contratación estatal en Colombia”. *Hipótesis libre*. Bogotá, número 11. Consulta: 27 de noviembre de 2020.
<http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/252>
7. GARCÍA, Eduardo y Tomás, FERNANDEZ
2017 *Curso de Derecho Administrativo*. Dos Volúmenes, Décimo octava edición. Madrid: Thomson/Civitas.
8. GORDILLO, Agustín
2017 *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Parte general*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo
9. GUZMAN, Christian
2020 *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica.

2009 “Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa”. *Circulo de Derecho Administrativo*. Lima, número 7, pp. 204-2016. Consulta: 8 de agosto de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14022>

- 2008 “Un acercamiento al concepto de función administrativa en el derecho”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 31, pp. 285-291. Consulta: 31 de julio de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17412>
10. LANDA, César
- 2007 “El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Themis*. Lima, número 53, pp. 29-42. Consulta: 23 de octubre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8846>
11. LINARES, Mario
- 2019 “El acto administrativo contractual”. En PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE ECUADOR. *Reflexiones Jurídicas*. Quito: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador, pp. 187-212.
- 2008 *Contratación Pública. Derecho Local, Internacional y de la Integración*. Lima: Linares Consultores.
- 2006 “El Contrato Administrativo en el Perú”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 2006, pp. 290 - 296. Consulta: 28 de mayo de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16358>
12. MARTIN, Richard
- 2013 “El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”. *Arbitraje PUCP*. Lima, número 3, pp. 41-77. Consulta: 15 de octubre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9386>

13. MEILÁN, José
- 2013 “Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”. Madrid, número 191, pp. 11-41. Consulta: 13 de octubre de 2020.
- <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40276>
- 2011 “Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos”. *Derecho PUCP*. Lima, número 66, pp. 223-245. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
- <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3028>
14. MORÓN, Juan Carlos
- 2019 *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Dos Volúmenes. Lima: Gaceta Jurídica.
- 2018 “Las competencias normativas de las autoridades administrativas peruanas en materia de contratación estatal”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia, número 19, pp. 119-157. Consulta: 6 de diciembre de 2020
- <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6206362>
- 2013 “Las prerrogativas de la Administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal”. En *Contratación Pública*. Lima: Adrus, pp. 483-514.
15. MORÓN, Juan Carlos y Zita, AGUILERA
- 2017 *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: 22 de junio de 2020.
- <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170356>

16. OFICINA ANTICORRUPCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA
2011 Herramientas para la transparencia en la Gestión de Compras y contrataciones públicas. Consulta: 27 de noviembre de 2020.
https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/compras_guidelines_4.pdf
17. PERILLA-ZAMUDIO, Julián
2015 “El acto administrativo como expresión de la función administrativa”. In *Vestigium Ire*. Boyacá, número 1, pp.175-183. Consulta: 31 de julio de 2020.
<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/5224>
18. ROBALINO, Javier
2008 “Los contratos administrativos y el derecho internacional de la inversión: una breve aproximación”. En DELPIAZZO, Carlos. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Maniano R Brito*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 825-841.
19. SALAZAR, Ricardo
2009 “Las Formas Jurídicas Administrativas y la Contratación Pública sobre Bienes, Servicios y Obras”. *Circulo de Derecho Administrativo*. Lima, número 7, pp. 24-35. Consulta: 31 de julio de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14011>
- 2007 “El concepto y los factores de los contratos de la administración pública como referentes necesarios para el desarrollo del sistema de contratación en el Perú”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 29, pp. 36-42. Consulta: 25 de junio de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17259>
- 2004 “La contratación de la administración pública en función a los intereses involucrados en cada contrato”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 23, pp. 55-62. Consulta: 25 de junio de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16841>

20. SANTOFIMIO, Jaime
2009 “El carácter conmutativo y por regla sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico” *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá, número 1, pp. 1-57. Consulta: 5 de noviembre de 2020
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589>
21. TRELLES, Oscar
2002 “El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos. *Themis*. Lima, número 44, pp. 237-251. Consulta: 20 de junio de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10074>
22. ZEGARRA, José
2015 “Modificaciones al Contrato en la Normativa de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225). *Derecho & Sociedad*. Lima, número 44, pp. 191-202. Consulta 22 de octubre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14401>